



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

CURSO DE DIREITO

FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA-FADI

GABRIEL FELIPE DE MATTOS SILVA

EXECUÇÃO DA PENA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Barbacena/MG - 2017

GABRIEL FELIPE DE MATTOS SILVA

EXECUÇÃO DA PENA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Corrêa de Miranda Varejão.

GABRIEL FELIPE DE MATTOS SILVA

EXECUÇÃO DA PENA APÓS CONDENÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Especialista Rodrigo Corrêa de Miranda Varejão
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Especialista Wanderley José Miranda
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Especialista Edson Gonçalves Tenório Filho
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

RESUMO

O presente artigo teve como objetivo a análise dos princípios presentes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como do Código Penal Brasileiro conjuntamente com nosso Direito Processual Penal Brasileiro, buscando examinar tais garantias consagradas em nossa Constituição Federal para que, num segundo momento pudéssemos estudar a execução provisória da pena no Brasil à luz do Princípio da Presunção da Inocência como princípio constitucional superior às demais normas jurídicas além da função e fundamento dos Recursos Especial e Extraordinário. Desse prisma passamos à verificação da (in) constitucionalidade e razoabilidade da execução provisória da pena no processo penal, observando, porém, o posicionamento jurisprudencial vigente.

Palavras-chave: Execução provisória da pena, Princípio da Presunção da Inocência, Código de Processo Penal.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the principles in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, as well the Brazilian Penal Code together with the criminal procedural law, seeking to examine the guarantees present in our Constitution, and in a second time study the provisional execution of the sentence in the light of the principle of presumption of innocence as constitutional principle superior to other legal norms; as well the function and basis of the special and extraordinary recourses. From this point we proceed to the verification of the (un) constitutionality and reasonableness of the provisional execution of the sentence in the criminal proceedings, observing, however, the current jurisprudential positioning.

Key words: Provisional execution of sentence, Principle of Presumption of Innocence, Criminal procedure code.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA COMO GARANTIA INDIVIDUAL	8
2.1. Dos direitos e garantias individuais	8
2.2. Funções dos Princípios Constitucionais no Processo Penal	9
2.3. A norma constitucional e o controle de constitucionalidade	10
2.4. Pontos importantes acerca do Princípio da Presunção de Inocência	10
3 PRISÕES ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA	12
3.1. Necessidade cautelar	13
4 A PRISÃO DECORRENTE DE ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO RECORRÍVEL	14
4.1. Natureza Jurídica	14
4.2. Fundamento e função dos recursos nos Tribunais Superiores	15
4.3. Prisão em virtude da ausência de efeito suspensivo dos Recursos Especial e Extraordinário (atual jurisprudência)	16
CONSIDERAÇÕES FINAIS	20
REFERÊNCIAS	22

1 INTRODUÇÃO

A princípio serão apresentadas questões relacionadas à execução provisória da pena no Brasil e sobre a legalidade das prisões antes de sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Em ambos os assuntos, que são diretamente ligados, será feita primeiramente uma abordagem sobre os princípios constitucionais consagrados em nossa carta magna tais como o Princípio da Presunção da Inocência e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Noutro momento, far-se-á uma análise em conjunto com a lei maior (Constituição Federal de 1988) em paralelo com o Código de Processo Penal, a fim de ser firmado um estudo aprofundado sobre a constitucionalidade e razoabilidade da execução provisória da pena em um Estado Democrático de Direito.

De início, é necessário que seja examinado os princípios e garantias constitucionais consagrados em nossa carta magna, ressaltando a sua importância em nosso ordenamento jurídico, principalmente em face da sua supremacia sobre as demais normas jurídicas e por serem classificados como cláusulas pétreas. Logo após o artigo direciona seu estudo voltado ao aprofundamento do estudo do Princípio da Presunção da Inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal/88) e do seu papel no Processo Penal Brasileiro. A partir dessa primeira análise do texto constitucional e da jurisprudência concernente às prisões cautelares, passar-se-á ao estudo específico da constitucionalidade e da razoabilidade da prisão decorrente de acórdão penal recorrível.

É importante destacar sobre a atualidade do presente tema abordado. Sobre o encarceramento do réu no curso do processo penal muito foi discutido à luz do Princípio da Presunção da Inocência, estando hoje em dia pacificado o entendimento, tanto na doutrina quanto na jurisprudência que, qualquer prisão que anteceda a decisão definitiva deverá ser em caráter excepcionalíssimo, ou seja, destinada a dar efetividade ao processo, sendo assim, em outras palavras, uma prisão destinada a fins cautelares.

Todavia, no caso de prisão decorrente de acórdão não transitado em julgado a posição majoritária é de que a ausência de efeito suspensivo nos recursos excepcionais (Recurso Especial e Recurso Extraordinário), é o bastante para privar o indivíduo de sua liberdade, ou seja, antes mesmo do indivíduo ser considerado definitivamente culpado pelo poder judiciário, levando ainda em conta o entendimento da súmula 267 do STJ que segue o mesmo panorama.

A proposta do artigo em questão é exatamente verificar a compatibilidade da execução penal provisória com o ordenamento constitucional. Impõe-se, desse modo, observar os seus

aspectos processuais e a razoabilidade de tal modalidade de prisão e sua harmonia e seus preceitos com o Código de Processo Penal Brasileiro.

2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA COMO GARANTIA INDIVIDUAL

2.1. Dos direitos e garantias individuais

Nossa constituição Federal, qual seja a Constituição da República de 1988, na expressão de Ulysses Guimarães, constituição cidadã, é voltada para a plena realização da cidadania.

Por sua vez, o Estado Democrático de Direito consiste na criação de um novo conceito de Estado, baseado na dignidade da pessoa humana, cuja tarefa fundamental é superar as desigualdades sociais e regionais, bem como a instauração de um regime democrático que vise à justiça social. Importante destacar a importância da lei pela sua função de regulamentação das funções estatais e individuais, objetivando a realização da igualdade e justiça, contudo, é da essência do Estado Democrático de Direito em subordinar-se à Carta Magna.

Os direitos e garantias individuais estão divididos em cinco capítulos, dentro do título II, de nossa Lei Maior onde devemos fazer uma breve distinção entre direitos e garantias fundamentais. Os direitos configuram-se na existência legal dos interesses individuais reconhecidos, de modo que as garantias vedam as ações do poder público que atentem contra esses direitos consagrados.

As garantias individuais advêm da necessidade de proteção da liberdade perante o Estado, por aí se percebe a sua plenitude como meio de defesa em face de um interesse que demanda proteção. As garantias colocam-se diante de um direito, mas com ele não se confundem, pois são disposições assecuratórias possibilitando, por via de consequência, a proteção à liberdade individual.

Para Delmanto, as garantias constitucionais não admitem interpretação restritiva, bem como relativização tendo em vista, principalmente, que elas sequer podem ser objeto de emenda constitucional. São as denominadas cláusulas pétreas (art.60, §4 da CF/88). Adverte o mesmo quanto aos perigos da relativização dos direitos e garantias fundamentais, sob o

argumento de que “nada é absoluto” o que colocaria em risco a própria soberania do texto constitucional.

A própria Constituição no seu artigo 5º disciplina que as normas definidoras de direitos e garantias individuais possuem aplicação imediata, daí já se percebe o seu mais alto grau de importância em prol da igualdade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

Na visão de Ada Pellegrini Grinover, as garantias constitucionais-processuais passaram a ser qualidade do próprio processo. São normas de garantia, visando, sobretudo, ao interesse público conduzido sob o enfoque do devido processo legal, para, só depois serem vistas como normas postas em benefício das partes.¹

As normas consagradas pela Lei Maior com relevância processual, possuem a natureza de normas de garantia, estabelecidas no interesse público, logo, as violações desses dispositivos constituem e ato absolutamente nulo ou, até mesmo, ato juridicamente inexistente.²

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. As Nulidades no processo Penal. 8.ed.Rev. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.29.

² GRINOVER, Ada Pellegrini. As Nulidades no processo Penal. 8.ed. Rev. e Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.27-30.

2.2. Funções dos Princípios Constitucionais no Processo Penal

Devemos ressaltar, primeiramente, que há uma distinção básica entre regras e princípios. Para Humberto Ávila, a finalidade de um princípio é a realização de um fim juridicamente relevante, enquanto as regras, estabelecem obrigações, proibições e permissões.

Constituem em mandamentos nucleares os princípios fundamentais, pois servem de critérios para sua exata compreensão, justamente por isso, são normas munidas do mais alto grau de abstração, distinguindo-se, assim, das demais regras jurídicas.

Segundo doutrinador renomado Paulo Rangel “os princípios que regem o direito processual (penal) constituem o marco inicial de construção de toda dogmática jurídico-processual (penal)”. O mesmo autor informa, ainda, que esses princípios dão a resposta para determinados problemas que surgem no meio de um processo criminal.

Diante dessa visão, podemos observar que os princípios constitucionais enumerados em nossa Lei Maior, servem de orientação para a produção legislativa ordinária, além de servirem como critério de interpretação e integração do texto constitucional, ou seja, é o norte

para toda a legislação infraconstitucional, pois orientam o sistema jurídico na aplicação das normas, dando unidade e coerência ao sistema normativo.

Interessa-nos no presente trabalho, principalmente, entender a importância dos princípios constitucionais como direitos e garantias fundamentais capazes de proteger o indivíduo contra eventuais abusos do poder estatal, observando, principalmente, a supremacia dos direitos e garantias individuais sobre as demais normas inseridas na Carta Magna.

2.3. A norma constitucional e o controle de constitucionalidade

O Direito Processual Penal, bem como os outros ramos do direito se subordinam à nossa Carta Magna, ou seja, há uma supremacia da norma constitucional sobre o ordenamento jurídico vigente, pressupondo que as normas sejam interpretadas conforme a constituição, bem como nos leva à presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público.

Segundo Mirabete “é a Carta Magna que se institui o aparelho judiciário, se regula o exercício da atividade jurisdicional, se definem as garantias individuais, se registram os casos de imunidade etc.”. Segundo Nucci, o mesmo aponta que, havendo conflito entre normas constitucionais as eleitas pelo constituinte originário como cláusulas pétreas (inclui-se, aqui, o princípio da presunção da Inocência) têm prevalência sobre qualquer outra norma expressa na própria constituição. Sendo assim, os direitos e garantias individuais são considerados axiologicamente superiores a outras normas constitucionais.

Diante disso, forçoso concluir que todo e qualquer dispositivo legal de nosso ordenamento jurídico deve se adequar à nossa Constituição Federal, que é a lei suprema de nosso Estado, e, caso incompatível, não merece estar vigente em nosso ordenamento jurídico. Nesse diapasão, estando o princípio da Presunção da Inocência inserida não só como princípio, mas como garantia Constitucional, deve nortear todas as situações jurídicas, além de ser critério de aferição das demais leis ordinárias.

2.4. Pontos importantes acerca do Princípio da Presunção de Inocência

O Princípio da Presunção de Inocência é também conhecido como Princípio do Estado de Inocência ou da não-culpabilidade. Autores como Mirabete preferem tratá-lo como princípio da não-culpabilidade sob o argumento de que a Lei Maior não presume a inocência,

mas estabelece que o acusado é inocente até o término do processo. Da mesma forma Paulo Rangel considera que a nomenclatura presunção de inocência não resiste a uma análise mais profunda.

Trata-se, pois, de um princípio constitucional explícito, previsto igualmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e no Pacto San Jose da Costa Rica. Os tratados em questão, o Brasil é signatário e, segundo o artigo 5º, §3º da Constituição Federal/88, equivalem às emendas constitucionais, sendo o Princípio da Presunção de Inocência uma consequência direta do devido processo legal, considerando em sua literalidade no artigo 5º, inciso LVII da seguinte maneira: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Temos, portanto, o Princípio da Presunção de Inocência como princípio basilar do Estado Democrático de Direito, decorrente do sistema processual adotado no Brasil, que é o sistema acusatório, no qual cabe ao Ministério Público, em regra, o ônus probante contra o réu, ou, nos casos de ação penal privada, cabe tal ônus ao ofendido provar a culpabilidade do réu.

Diante desse panorama, entende-se que o acusado só poderá ser considerado culpado e, por conseguinte, sofrer os efeitos da condenação após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Todavia, tal garantia não impede que alguém seja submetido à prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tendo em vista que a própria Constituição Federal prevê casos em que é possível o réu sofrer os efeitos da condenação antes do decreto condenatório transitado em julgado, como nas hipóteses de flagrante delito ou ordem escrita e fundamentada e autoridade judiciária competente com previsão no artigo 5º, LXI da CF/88. O motivo pelo qual tal prisão não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência, reside no fato de que a prisão antes do acórdão ou sentença condenatória transitada em julgado se dá apenas em situações excepcionais e atendidos os requisitos da cautelaridade.

Tourinho Filho compartilha a ideia de que a prisão antes que ocorra o trânsito em julgado a sentença condenatória só é admissível a título de cautela, afirmando ainda que a exigência do recolhimento do réu à prisão para apelar e do réu não fazer jus à liberdade provisória tendo em conta apenas a gravidade em abstrata do crime, constituem forma de antecipação da pena, e, por conseguinte, violação do princípio constitucional da Presunção da Inocência.

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado no sentido de que os processos em andamento e os inquéritos criminais não autorizam a

valoração negativa dos antecedentes do acusado para fins de exacerbação da pena-base, entendimento esse inclusive sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça na súmula nº444 que nos revela da seguinte maneira: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. Sendo assim, em razão do Princípio da Presunção de Inocência, é impossível agravar a situação do condenado em razão de procedimentos criminais em curso em que é possível, até mesmo, advir juízo absolutório.

Outrossim, é pacífico o entendimento nas Cortes Superiores de que o nome do acusado no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória viola o princípio proclamado no artigo 5º, inciso LVII da CF/88. Contudo, a Jurisprudência ainda dominante aponta que a interposição dos recursos Especial e Extraordinário não autoriza ao réu o direito de aguardar em liberdade.

Levando em conta o atual panorama doutrinário e jurisprudencial, tendo presente a excepcionalidade da execução provisória da pena, que obrigatoriamente deve ser pautada nos requisitos de cautelaridade, far-se-á uma análise sobre a inconstitucionalidade decorrente da prisão decorrente de um acórdão penal recorrível, ou seja, ainda com a possibilidade de interposição dos recursos Especial e Extraordinário à luz da Constituição Federal de 1988.

3 PRISÕES ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA

Nosso ordenamento jurídico, mais precisamente, nosso ordenamento processual penal vigente adota expressamente certas hipóteses em que o indivíduo acusado poderá ser recolhido à prisão antes de sua condenação por sentença ou acórdão penal transitado em julgado. Situações essas, que, devem ser, contudo, excepcionais e condicionadas à concreta demonstração da necessidade da medida. As modalidades da prisão provisória são também chamadas de prisões processuais, sendo o caso da prisão em flagrante (artigos 301 a 310 do CPP), prisão preventiva (artigo 311 a 316 do CPP) e da prisão temporária (Lei 7960/89).

É acalorada a discussão na área jurídica acerca da constitucionalidade ou não das prisões processuais, e principalmente em se tratando da prisão preventiva, dando margem a interpretações diversas ao Princípio da não-culpabilidade. Todavia, a doutrina majoritária e a jurisprudência vêm pacificando tal conflito. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou afirmando que a decretação das prisões cautelares não decorre de qualquer propósito de antecipação da pena ou da execução penal, estando fundamentado a pressupostos associados à

exitosa aplicação da lei penal. É necessário que haja, por parte do magistrado, a sensibilidade e a razoabilidade ao prolatar a prisão provisória, devendo observar estritamente formalidades e necessidades expressas em nosso ordenamento jurídico e também em consonância com os parâmetros constitucionais. Dessa forma, assenta Gilmar Mendes (2009) que não se pode conceber como compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência qualquer antecipação de cumprimento da pena que não esteja devidamente fundado em legítimas razões jurídicas e fatos concretos.

O raciocínio jurídico se apresenta favorável à prisão preventiva, contudo a realidade fática evidencia que tal instituto, na fase do cárcere, encontra-se falido e repleto de ilegalidades. Segundo dados da CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público), 89% dos estabelecimentos prisionais cearenses não separa presos provisórios de definitivos, ferindo expressamente o artigo 300 do Código de Processo Penal Pátrio que determina a divisão entre provisórios e condenados. O principal gravame da prisão provisória no Brasil é o excesso de prazo. Orientações doutrinas e jurisprudenciais após a reforma de 2008 nos processos penais fixaram o prazo em 105 dias, já que a legislação foi omissa nesse quesito. Porém, não é isso que se observa na prática, onde há casos em que o preso fica durante anos aguardando julgamento, como é possível notar em diversas jurisprudências.

A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar ofendem o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo e, conseqüentemente, a presunção de inocência.

3.1. Necessidade cautelar

Em princípio, ninguém poderia ser privado de sua liberdade antes do decreto condenatório irrecorrível, pois no Estado Democrático de Direito, a liberdade é a regra. Como já referido, o princípio da presunção da inocência não obsta que o acusado seja recolhido à prisão antes do decreto condenatório transitado em julgado.

Porém, impossível antecipar a condenação do réu. Com razão assevera Luiz Antônio Câmara: “todas as espécies de prisão para serem mantidas ou decretadas, devem necessariamente observar os pressupostos cautelares taxativamente enumerados no art. 312 do Código de Processo Penal”. Importante tecer algumas considerações acerca da prisão cautelar e o princípio da presunção da inocência. A compatibilização entre os dois depende da finalidade da prisão antes do tempo. Na prisão pena, a finalidade é a punição, enquanto nas

prisões cautelares a finalidade é a garantia do resultado útil, isso é, da efetividade do processo. No âmbito penal, diferentemente do que ocorre no processo civil, não há espaço para a antecipação dos efeitos da tutela principal, devendo a prisão provisória ser revestida de cautelaridade e proporcionalidade, bem como que o interesse punitivo vinculado ao processo seja relevante para a sua decretação. Tem-se aí um conflito de interesses. De um lado o direito do acusado na preservação de sua liberdade, de outro o interesse coletivo da instrumentalidade e eficácia do processo penal, daí porque necessário o critério da razoabilidade.

Além do propósito cautelar, há também o pressuposto probatório, chamado de *fumus boni iuri*, referente à prova de existência da infração e da autoria. Somente os dois pressupostos juntos – cautelar e probatório – são aptos a ensejar a contração da liberdade individual³⁶. É uma questão de lógica, se não há fortes indícios da autoria delitiva não é plausível mandar ao cárcere uma pessoa que poderá, em maior probabilidade, ser considerada inocente. Partindo da ideia de que a medida cautelar visa a assegurar a efetividade do processo de conhecimento ou do processo de execução, a prisão processual não pode ser vista como reconhecimento antecipado de culpa, pois o juízo que se faz é o de periculosidade e não o de culpabilidade. Deverá, para tanto, haver a extrema comprovada necessidade da privação da liberdade do acusado antes da sentença definitiva, a demonstração do *periculum in mora*, pois se trata de uma medida excepcional e restritiva de direito.

4 A PRISÃO DECORRENTE DE ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO RECORRÍVEL

4.1. Natureza Jurídica

Importante chegar-se à conclusão sobre a natureza jurídica das prisões decorrentes de acórdão penal recorrível.

A prisão pena destina-se à satisfação da pretensão executória em virtude do pronunciamento condenatório definitivo, não tem finalidade acautelatória. Em contrapartida, a prisão processual tem natureza puramente processual, depende do preenchimento dos pressupostos do *periculum in mora* e *fumus boni iuri*. Consoante Maria Lúcia Karan, a prisão decorrente de sentença ou acórdão condenatório recorrível jamais poderia ter natureza jurídica de pena, porquanto não terminado o processo de conhecimento, seria, dessa forma, prisão provisória ou processual. No entanto, o que se observa é que a doutrina tradicional não

classifica a prisão em razão da condenação pelo segundo grau como prisão preventiva, embora Delmanto Junior classifica-a nessa modalidade de prisão. Decerto, como se viu, não se trata de prisão pena, que tem como característica sua finalidade repressiva e ocorre após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Porém, também não preenche os requisitos da tutela cautelar e não está assim definida em lei.

Pode-se afirmar, então, que se trata de uma prisão preventiva incompatível com a ordem constitucional, eis que, na realidade, cuida-se de execução antecipada da pena. Sedo prisão provisória, deveria, sob pena de constrangimento ilegal, cingir-se, fundamentadamente, à órbita do art. 312 do CPP.

4.2. Fundamento e função dos recursos nos Tribunais Superiores

Os recursos dirigidos aos Tribunais Superiores se diferem em muito dos recursos ordinários, cuida-se de uma esteira restrita, com uma série de requisitos especialíssimos para a sua admissibilidade. O recurso especial visa a garantir a harmonia e aplicação da legislação infraconstitucional enquanto o extraordinário tem por finalidade garantir a supremacia da Constituição Federal. São requisitos de admissibilidade comum a ambos os recursos: a) prestam-se somente ao reexame de matéria de direito; b) existência de uma questão de direito federal, não se admite que a decisão recorrida verse exclusivamente sobre direito estadual ou municipal; c) pré-questionamento; d) cabíveis somente nas hipóteses taxativas previstas na Carta Magna; e) causas decididas em última e única instância. Nesse último aspecto, ressalta-se uma distinção entre esses recursos: para o acesso ao STJ é indispensável que a decisão recorrida tenha sido proferida por um Tribunal, assim, não é possível recurso especial contra decisão prolatada pelos Juizados Especiais, ao passo que para a interposição do recurso extraordinário basta que já se tenham utilizado todos os meios recursais disponíveis. A competência dos recursos extraordinário e especial está respectivamente elencada no art. 102, inciso III e art. 105, inciso III, ambos da CF.³

A função das impugnações extraordinárias é, na verdade, a tutela do próprio direito federal e, somente de forma mediata, visa a proteger o direito do recorrente.

Busca, com isso, a uniformidade da interpretação da Constituição Federal e das leis federais. Por serem de fundamentação vinculada, isto é, a lei fixa limites às impugnações, não expressam a garantia do duplo grau de jurisdição – característica dos recursos ordinários – se enquadram, pois, num terceiro ou quarto reexame. Contudo, é bem possível que o acusado se beneficie diretamente dos julgados das instâncias superiores. Não são raros os casos em que a

interpretação da Carta Magna e das leis federais acaba por ocasionar ao réu uma situação mais benéfica para a execução da pena imposta no segundo grau, como na hipótese de substituição da pena de prisão por restritiva de direito, alteração do regime de cumprimento da pena por um menos gravoso e, até mesmo, a absolvição.

³Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (...)

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

4.3. Prisão em virtude da ausência de efeito suspensivo dos Recursos Especial e Extraordinário (atual jurisprudência)

Proferida sentença condenatória por um juiz de 1ª instância, caberá ao respectivo Tribunal, em regra, o julgamento de eventual apelação. Proferida a decisão pelo órgão jurisdicional de segundo grau, a depender do preenchimento dos pressupostos de admissibilidade, poderá ser interposto pelo réu um recurso extraordinário e/ou especial. Sabendo-se que tais recursos não são dotados de efeito suspensivo, questiona-se acerca da possibilidade de o réu permanecer solto, enquanto aguarda o julgamento dos recursos extraordinários interpostos, e o consequente trânsito em julgado da sentença condenatória. Em virtude de os recursos extraordinário e especial não serem dotados de efeito suspensivo, prevaleceu ao longo dos anos o entendimento jurisprudencial segundo o qual era cabível a execução provisória de sentença penal condenatória recorrível, independentemente da

demonstração de qualquer hipótese que autorizasse a prisão preventiva do acusado à luz do art. 312 do CPP.

Nessa linha, aliás, o STJ editou a súmula nº 267, segundo a qual a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão. Com base nesse raciocínio, portanto, mesmo que o acusado tivesse permanecido solto durante todo o processo, impunha-se o recolhimento à prisão como efeito automático de um acórdão condenatório proferido pelo órgão jurisdicional de segundo grau, ainda que a sentença condenatória não tivesse transitado em julgado em virtude da interposição dos recursos extraordinário e especial. Mas, em 2016, houve um inexplicável redirecionamento. Ao julgar o HC nº 126.292/SP, o Plenário do STF, por placar apertado, de 6×5, acatou a tese da possibilidade de prisão do acusado já após decisão condenatória proferida em segunda instância. E este posicionamento foi reafirmado, em sede de repercussão geral, quando do julgamento do ARE nº 964.246, bem como no indeferimento de medidas cautelares nas Ações Declaratórias nº 43 e 44 entendendo que o artigo 283 do CPP não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância.

Em seu voto, o ministro Ricardo Lewandowski ressaltou que o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal é muito claro quando estabelece que a presunção de inocência permanece até trânsito em julgado. “Não vejo como fazer uma interpretação contrária a esse dispositivo tão taxativo”, afirmou.

Para ele, a presunção de inocência e a necessidade de motivação da decisão para enviar um cidadão à prisão são motivos suficientes para deferir a medida cautelar e declarar a constitucionalidade integral do artigo 283 do CPP. Assim, ele acompanhou integralmente o relator, ministro Marco Aurélio.

A ministra Rosa Weber acompanhou o voto do relator, entendendo que o artigo 283 do CPP espelha o disposto nos incisos LVII e LXI do artigo 5º da Constituição Federal, que tratam justamente dos direitos e garantias individuais. “Não posso me afastar da clareza do texto constitucional”, afirmou.

Para Rosa Weber, a Constituição Federal vincula claramente o princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência a uma condenação transitada em julgado. “Não vejo como se possa chegar a uma interpretação diversa”, concluiu.

Já o Ministro Celso de Melo, em seu voto, que acompanhou o do relator, foi enfático ao defender a incompatibilidade da execução provisória da pena com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente garantido pela Constituição Federal e pela lei penal. Segundo o ministro, a presunção de inocência é conquista histórica dos cidadãos na luta contra a

opressão do Estado e tem prevalecido ao longo da história nas sociedades civilizadas como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana.

Para o decano do STF, a posição da maioria da Corte no sentido de rever sua jurisprudência fixada em 2009 “reflete preocupante inflexão hermenêutica de índole regressista no plano sensível dos direitos e garantias individuais, retardando o avanço de uma agenda judiciária concretizadora das liberdades fundamentais”. “Que se reforme o sistema processual, que se confira mais racionalidade ao modelo recursal, mas sem golpear um dos direitos fundamentais a que fazem jus os cidadãos de uma república”, afirmou.

Outra indagação que se faz é sobre a compatibilidade do conceito de recurso e o início da execução da pena como consequência de sua interposição.

Para Alexandre Wunderlich:⁴

Ora, se recorrer é um direito e se o recurso é um instrumento de garantias, é o remédio contra a arbitrariedade e o abuso judicial, não há como se privar a liberdade o indivíduo pelo fundamento de que o seu recurso não possui efeito suspensivo.

Aliás, sendo o recurso um meio de defesa, onde a questão é levada ao conhecimento de uma instância hierarquicamente superior, é um modo hábil e eficaz de alterar a decisão impugnada.⁵ Com a nítida possibilidade de reforma da decisão, questiona-se: como seria possível o réu cumprir pena, ter sua liberdade privada, enfrentar as mazelas do cárcere, quando, ao final, há a possibilidade legítima de ser considerado inocente, ou seja, de reconhecer-se que a pena imposta não lhe foi justa?

De fato, não se mostra compatível que um meio de defesa, “instrumento de garantias, remédio contra arbitrariedade e o abuso de poder” acarrete, como consequência imediata da sua interposição, a execução da pena do acusado antes mesmo de ele ser considerado culpado pelo poder judiciário. A liberdade de locomoção é condição da própria natureza humana, consagrada no artigo 5º, inciso XV da Lei Maior, outrossim, só pode ser condicionada por um sistema de legalidade expressamente pronunciado em lei, é um direito fundamental de toda a pessoa física que não se restringe por suposições ou arbítrio. Tendo em conta, que o próprio texto constitucional prevê a necessidade de motivação de toda e qualquer decisão judicial, não se mostra razoável a privação da tão valorada liberdade individual seja usurpada por decisão não idoneamente fundamentada. Qualquer prisão provisória decretada no decorrer do processo sem a fundamentação suficiente para a custódia provisória deverá ser relaxada, eis que ilegal. Maria Lúcia Karan aduz que as prisões provisórias ou processuais obrigatórias

decorrentes de dispositivos legais que vedam a liberdade provisória deforma genérica e absoluta transformam a excepcional privação de liberdade empena antecipadamente imposta e executada. Ademais, essas prisões obrigatórias subtraem do poder Judiciário o dever de decidir no caso concreto, conflitando, assim, com a garantia do acesso à Justiça.

De fato, o artigo 5º, inciso XXXV, da CF, determina que sempre que houver violação de direito mediante lesão ou ameaça de lesão, o Poder Judiciário deverá intervir a fim de, no exercício da jurisdição, aplicar o direito ao caso concreto. E o princípio da indeclinabilidade da prestação judicial. A obrigatoriedade do réu se recolher à prisão em razão da ausência de efeito suspensivo dos recursos excepcionais retira do órgão jurisdicional a análise das circunstâncias que dão particularidade ao caso sub judice, frustrando, assim, a individualização de cada imputado no exame de sua situação jurídica. E mais. Acaba por inverter a ordem lógica do direito processual penal no Estado Democrático de Direito, ou seja, a regra se torna a prisão em detrimento da liberdade, se sobrepondo uma presunção desfavorável ao indivíduo, ao invés da Presunção da Inocência. Por todo o exposto, necessário concluir que o simples silogismo – aplicação da lei ao caso - não é uma fundamentação conveniente para restringir a liberdade do indivíduo antes que haja o efetivo reconhecimento da prática da infração criminosa, pois a decisão ainda é passível de reforma. Além de violar o princípio da Presunção da Inocência e da Dignidade da Pessoa Humana, aparece como uma mácula a outros dois dispositivos constitucionais: a necessidade de fundamentação das decisões judiciais e o acesso à justiça, posto que a prisão emerge como um imperativo, furtando, dessa maneira, à análise do Judiciário, as peculiaridades do caso concreto.

⁴WUNDERLICH, Alexandre; in CARVALHO, Salo de (org.). Crítica à execução penal. Muito além do bem e do mal: considerações sobre a execução penal antecipada, 2.ed. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2007, p.443.

⁵RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 8.ed. Rev. Ampl. e Atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p.709-11.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da presunção da inocência está inserido no art. 5º, inciso LVII, da Carta Magna, além de estar previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, no Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e no Pacto San José de Costa Rica, tratados esses em que o Brasil é signatário e, segundo o art. 5º, § 3º, da CF, equivalem às emendas constitucionais.

Não restam dúvidas que o ordenamento jurídico brasileiro expressamente adotou a presunção da inocência como garantia constitucional que proíbe que o acusado seja considerado culpado e, por conseguinte, sofrer os efeitos da condenação, antes o trânsito em julgado da sentença condenatória. É, pois, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. O ordenamento processual penal adota expressamente hipóteses em que a prisão do acusado ocorre antes de sua condenação por sentença ou acórdão penal transitado em julgado. Devem ser, contudo, situações excepcionais condicionadas à concreta demonstração da necessidade da medida, são as modalidades de prisão provisória, também chamada de prisão processual. O que se observa é que a expedição do mandado de prisão baseada apenas no efeito devolutivo dos recursos especial e extraordinário não se configura uma fundamentação idônea apta a restringir a liberdade do indivíduo. Ao contrário, trata-se de uma prisão automática, furtando, dessa maneira, a análise do Judiciário das peculiaridades do caso concreto. Além de violar os art. 5º, inciso LXI e o artigo 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal, que determinam que todas as decisões do Poder Judiciário deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Maior alcance, ainda, tem esses preceitos quando se trata de privar o indivíduo de sua liberdade.

Salta aos olhos a incoerência da execução provisória da pena privativa de liberdade quando comparada com a execução provisória no processo civil. Nesse último, o legislador se preocupou em resguardar o patrimônio do executado, caso a situação se inverta. Contudo, os mesmos cuidados não ocorrem quando se trata de um bem maior: a liberdade do homem. Se sobrevier uma decisão absolutória, não existe maneira de compensar, de restituir o tempo em que a pessoa indevidamente passou atrás das grades. Forçoso concluir que a execução provisória não se mostra razoável à luz do ordenamento constitucional. Não há sentido em se falar em execução de sentença quando ainda há discussão acerca da quantificação da pena, do seu cumprimento ou, até mesmo, se é caso de aplicação da sanção ao acusado, posto que os Tribunais podem (devem) modificar a condenação. A Constituição Federal expressamente proíbe a antecipação do juízo condenatório. Não restam dúvidas de que a prisão antecipada,

decorrente da interposição de recurso ao grau extraordinário, é inconstitucional e atenta ao princípio da dignidade da pessoa humana, eis que o acusado é compelido a cumprir a sanção penal antes de ser ter uma pena definitiva. Evidente, portanto, a confusão entre acusado e condenado.

A supremacia da Carta Magna exige que todas as situações jurídicas se adaptem aos princípios constitucionais, destarte, a exigência de o réu começar a cumprir a pena antes mesmo do decreto condenatório definitivo não pode perdurar, porquanto contrária à coerência e harmonia do próprio ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALVES, Francisco de Assis. **Supremacia dos Princípios Constitucionais Fundamentais. Princípios Fundamentais Constitucionais** – estudo em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Lex, 2005, p. 511-9.

LIMA, RENATO BRASILEIRO de. **Manual de Processo Penal**: volume único – 4ª Ed.- Salvador- Editora JusPodivm, 2016

Notícias STF

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>
Acesso em: 30 de outubro de 2017.

Notícias STJ

Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>
Acesso em: 28 de outubro de 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. 1988.
Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 maio 2017.

CAPEZ, F. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, G. S. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

TOURINHO FILHO, F. C. **Manual de Processo Penal**, São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios **Direito Penal Esquematizado**: parte especial – 6. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016

BARROS, R.F, **Direito Constitucional I** – 1ª Ed – Rio de Janeiro: SESES, 2016

Avena, Norberto Cláudio Pâncaro

Execução penal: esquematizado / Norberto Cláudio Pâncaro Avena. - 1. ed. - São Paulo: Forense, 2014.